

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X2010120004

UDC _____

厦门大学

_____硕士_____学_____位_____论_____文

海事请求保全的反担保审查问题研究

Research on Review of Counter Guarantees for Preservation of Maritime Claims

陈耀

指导教师姓名: 何丽新 教授

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交日期: 2013 年 11 月

论文答辩时间: 201 年 月

学位授予日期: 201 年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

2013 年 11 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。
本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人完全了解厦门大学有关保留、使用学位论文的规定。厦门大学有权保留并向国家主管部门或其指定机构送交论文的纸质版和电子版，有权将学位论文用于非赢利目的的少量复制并允许论文进入学校图书馆被查阅，有权将学位论文的内容编入有关数据库进行检索，有权将学位论文的标题和摘要汇编出版。保密的学位论文在解密后适用本规定。

本学位论文属于

1、保密（ ），在 年解密后适用本授权书。

2、不保密（ ）

（请在以上相应括号内打“√”）

作者签名：

日期： 年 月 日

导师签名：

日期： 年 月 日

内容摘要

海事请求保全反担保的审查,涉及海事法院对请求人申请海事请求保全是否需要提供反担保,针对哪些项目提供反担保,提供反担保的期限、方式等一系列问题内容。任何一项内容的审查结果都攸关当事人双方利益,容易引起当事人之间以及当事人与法院之间的争议。但我国对海事请求保全反担保审查的立法仅《海事诉讼特别程序法》第 16 条、第 73 条至第 76 条等 5 个条款,均为原则性规定,缺乏可操作性,导致实践中对海事请求保全反担保的司法审查流于混乱,经常出现当事人复议、申诉甚至上访的情况。因此,对海事请求保全反担保的审查进行深入、务实的分析、研究,提出统一的规范标准,是非常必要而紧迫的。

本文除前言和结论、后记外,共分三章:

第一章为海事请求保全反担保的基本理论。第一节对海事请求保全、海事请求保全反担保制度及其法理基础作了介绍;第二节通过对两大法系反担保必要性标准的比较,提出我国海事请求保全反担保必要性的审查标准,即应以责令提供反担保为原则,不需要提供反担保为例外;第三节阐述了无需提供反担保的 4 种情形。

第二章为海事请求保全反担保的方式。第一节对海事请求保全反担保的方式种类作了介绍;第二节提出海事请求保全反担保方式的审查标准,认为海事法院在审查反担保方式时,应以反担保能够变现及变现价值可以满足需要为限,在此基础上对常见的海事请求保全反担保方式的审查作了具体分析;第三节对海事请求保全反担保方式在实践操作中存在的问题作了解析,并提出相应的解决建议。

第三章为海事请求保全反担保的数额。第一节分析了民事侵权责任中因果关系要件可作为细化反担保数额审查标准的依据的原因,提出相当因果关系理论与必然因果关系理论在细化反担保数额审查标准中分别运用的观点;第二节分保全启动阶段的基础损失项目、保全复议阶段的增加项目以及小额扣船反担保项目的审查三个方面,对反担保数额审查需考虑的损失项目进行分析并提出了规范建议;第三节阐述了反担保的期限和上限,认为不应设置反担保的上限,应明确责令请求人提供反担保的期限,允许当事人分期提供反担保等观点。

关键词: 海事请求; 反担保; 司法审查

ABSTRACT

Reviewing counter guarantees for preservation of maritime claims involves many issues such as whether counter guarantee is necessarily required when a motion is made before the maritime courts to preserve maritime claims, the coverage of counter guarantees, the term by which and the manner in which counter guarantees should be provided, as well as the return of counter guarantees. The result of review of any of these issues would always be relevant to the interests of any of the parties concerned and therefore arouse a dispute between the parties or even between a party and the court. The Chinese legislation on the review of counter guarantees for preservation of maritime claims is reflected in Article 16, 73-76 of Special Procedural Code of PRC , which are too general to be applied. Thus the judicial practice in reviewing counter guarantees for preservation of maritime claims has been uniform or even in a chaos, leading to the constant appeals, application for retrial or even letters and visits by the parties. It is therefore necessary and urgent to have a deep and practical analysis and inquiry into the review of counter guarantees for preservation of maritime claims and set forth uniform standards for review.

In addition to the preface and the conclusion parts, this article consists of three chapters, with 17000 words .The three chapters are as follows:

The first chapter is on the basis theory on counter guarantees for preservation of maritime claims. Section one gives an introduction of the purpose of the system of preservation of maritime claims and counter guarantees for preservation of maritime claims. Based on a comparison of counter guarantee systems in continental law system and common law system, section two presents the view that the extent to which counter guarantee is required for preservation of maritime claims is corresponding to the probability of preservation being wrongly made and loss thus suffered and therefore it should be the norm rather than exception to require counter guarantee for perfection of maritime claims Section three sets out four exceptional situations in which counter guarantee is not required.

The second chapter focuses on the ways in which counter guarantee for preservation of maritime claims is provided. Section one gives an introduction of the various ways to provide counter guarantee for preservation of maritime claims. Section two sets out the standards for reviewing counter guarantee for preservation of maritime claims, states that in the reviewing process by the maritime courts a limit should be set where counter guarantee is capable of being turned into cash and the cash realizable value is sufficient to satisfy the needs. On this base, detailed analysis is given on how common counter guarantees are reviewed. Section three analyses the practical issues arising in the provision of counter guarantee for preservation of maritime claims and puts forward relevant suggestions.

The third chapter is on the required amount of counter guarantee for preservation of maritime claims. Section one based on an analysis of the cause and effect theory, states that the equivalent theory and the necessary causal connection theory should respectively be applied in the review of counter guarantee for preservation of maritime claims. Section two, in particular, illustrates the basic items of counter guarantees to be provided when preservation of maritime claims is sought and sets forth suggestions for uniform standards to be applied to items of counter guarantees when preservation is petitioned. Section three in detail discusses the term of counter guarantee and holds the view that no top limit should be set with regard to counter guarantee, the term in which counter guarantee should be provided should be clear, and counter guarantee might be provided by installments.

Key Words: Maritime Claims ; Counter Guarantee; Judicial Review

目 录

前言	1
第一章、海事请求保全反担保的基本理论	3
第一节、海事请求保全反担保概述	3
一、海事请求保全的界定	3
二、海事请求保全反担保的定义及其法理基础	3
第二节、海事请求保全反担保必要性的审查标准	4
一、两大法系对财产保全反担保必要性的不同标准	4
二、我国海事请求保全反担保的必要性审查标准	5
第三节、海事请求保全反担保的例外	6
一、保全不存在错误可能性的情形	6
二、保全措施不会造成损失的情形	8
三、请求人具备责任能力且资信良好的情形	9
四、请求人为弱势群体的情形	9
第二章、海事请求保全反担保的方式	11
第一节、海事请求保全反担保方式的种类	11
一、现金	11
二、保证	11
三、抵押	12
四、质押	12
第二节、海事请求保全反担保方式存在的问题及建议	13
一、反担保方式界定存在的问题	13

二、理顺反担保方式实务操作问题的建议·····	13
第三节、海事请求保全反担保方式的审查·····	14
一、审查标准·····	14
二、保函的审查要求·····	15
三、船舶、房产作为反担保的审查要求·····	16
第三章、海事请求保全反担保的数额·····	18
第一节、反担保数额审查标准的细化·····	18
一、民事侵权因果关系理论·····	19
二、因果关系理论在反担保审查标准中的运用·····	20
第二节、扣押船舶反担保数额审查需考虑的损失项目·····	20
一、保全启动阶段的基础损失项目·····	12
二、保全复议阶段的增加项目审查·····	22
三、小额扣船反担保项目的审查·····	22
第三节、反担保数额的期限和上限审查·····	23
一、反担保数额的期限·····	23
二、反担保数额的上限·····	24
结 论·····	26
参考文献 ·····	28
后 记·····	31

Table of Contents

Preface.....	1
Chapter One Basic Theory on Counter Guarantee for Preservation of Maritime Claims.....	3
Subchapter One General Remarks on Counter Guarantee for Preservation of Maritime Claims.....	3
Subchapter Two Review Standards for Necessity of Providing Counter Guarantee for Preservation of Maritime Claims.....	4
Subchapter Three Exception for Counter Guarantee for Preservation of Maritime Claims.....	6
Chapter Two The Ways in which Counter Guarantee for Preservation of Maritime Claims are Provided.....	11
Subchapter One Various Ways to Provide Counter Guarantee for Preservation of Maritime Claims.....	11
Subchapter Two Problems with Counter Guarantees and Suggestions for Solution	13
Subchapter Three Review of Ways to Provide Counter Guarantees.....	14
Chapter Three Required Amount of Counter Guarantee for Preservation of Maritime Claims	18
Subchapter One Basic Stands in Reviewing the Amount of Counter Guarantee.....	18
Subchapter Two Losses to be Considered when Reviewing the Amount of CounterGuarantee.....	20
Subchapter Three Review of the Term and Top Limit of Counter Guarantee for Preservation of Maritime Claims.....	23
Conclusion	26
References	28
Bibliography.....	31

前 言

海事请求保全反担保（以下简称海事反担保），是海事请求人提供的保证赔偿因海事请求保全错误而给相关当事人造成损失的担保。海事反担保的审查，涉及海事法院对请求人申请海事请求保全是否需要提供反担保（即反担保的必要性），针对哪些可能的损失项目提供反担保，提供反担保的期限、方式等一系列问题。其中每一项内容的审查结果都攸关当事人双方利益，容易引起当事人之间以及当事人与法院之间的争议。但我国对海事反担保审查的立法仅《中华人民共和国海事诉讼特别程序法》（以下简称《海事诉讼特别程序法》）第 16 条、第 73 条至第 76 条等 5 个条款。由于这些规定过于原则，缺乏可操作性，无法满足海事反担保审查中的复杂需求，实践中海事反担保的司法审查流于混乱，表现为：

第一，《海事诉讼特别程序法》第 16 条规定，海事法院可以责令海事请求人提供反担保，但对什么情况下的海事请求保全需要责令提供反担保，什么情况下不需要，没有进一步明确，以致同样的海事请求，有的海事法院责令提供反担保，有的则不要求提供，甚至同一海事法院内部不同业务庭、不同合议庭之间做法也不尽一致。

第二，《海事诉讼特别程序法》第 73 条规定，海事反担保的方式包括现金、保证、抵押和质押四种方式，《海事诉讼特别程序法》第 75 规定，海事反担保的方式由海事法院决定。由于海事法院在反担保方式中决定权缺乏规范，且四种反担保方式的审查手续、风险预期不同，导致不少海事法官出于自身便利、稳妥考虑，拒绝或不乐意接受其他担保方式，径行要求请求提供现金、国有银行等大型金融机构保函，给请求人申请保全造成很大困难。

第三，《海事诉讼特别程序法》第 76 条第 2 款规定，海事请求人提供反担保的数额，应当相当于因其申请可能给被请求人造成的损失。由于请求人申请海事请求保全时，海事法院及双方当事人尚无法预见解除保全或案件终审裁决作出的时间，此时海事法院应责令请求人就哪些可能的损失项目提供反担保，按多长时间提供，同样没有标准可循，当事人因此对反担保数额的审查缺乏可预期性，经常对海事法院的决定提起复议、申诉

甚至上访。

本着探讨解决上述问题的期望，笔者考察、学习了海事反担保审查涉及的相关理论，在此基础上将近年来审判实践中对海事反担保审查问题的思考体会予以标榜、论证，提出规范完善的几点管见，以期抛砖引玉，对统一海事反担保的审查标准有所裨益。

第一章 海事请求保全反担保的基本理论

第一节 海事请求保全反担保概述

一、海事请求保全的界定

海事请求，是指涉及到或发生于与船舶的所有、占有、管理、营运、建造、买卖、救助、抵押、质押以及与船舶优先权有关的海事争议所发生的索赔请求权。^①海事请求保全，是指海事法院根据海事请求人的申请，为使其基于海事请求的民事权利得以保障，对被请求人的财产所采取的民事强制措施，^②包括对船舶、船载货物、船用燃油以及船用物料的保全，以及对房产、银行账户等普通财产的保全，前者适用《海事诉讼特别程序法》，后者适用《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称《民事诉讼法》）^③。同普通民事财产保全一样，海事请求保全制度是为了防止债务人隐匿、转移或处分财产而增加执行实现的难度，弥补事后终局性救济的不足而设立，折射出的是司法救济的迅速性、密行性等程序特征，具有“反程序”的外观。

二、海事请求保全反担保的定义及法理基础

海事请求保全担保，是指在海事诉讼过程中，一方当事人为使自己主张的债权得以实现，依据《海事诉讼特别程序法》，借助国家司法强制力从另一方获取的保证有债即予履行的承诺或保障。^④按照设立海事请求保全担保的不同机理，可以将海事请求保全担保划分为两类，一类是为了保障实现请求人海事请求权而设立的担保，或称“以请求人为担保权人的保全担保”，一类是为了赔偿因保全请求不当可能造成的损失而由请求人提供的担保，或称“以被申请人或其他担保人为担保权人的保全担保”。在理论上前者为“保全正担保”，与此相对应，后者可以概括为“保全反担保”。该划分与国际海事担保的分类机理一致，也反映了担保实体法中“担保与反担保”的内涵，具有较强的理

^①金正佳，翁子明. 海事请求保全专论. [M]. 大连. 大连海事大学出版社，1996. 3.

^②同上，13.

^③中国 2003 年《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第十八条.

^④沈满堂. 海事担保的理论与实践（1）[J]. 中国对外贸易，2001，（6）：23.

论性和科学性。^①

在海事请求保全程序下，案件的谁是谁非由于未经最后裁判而不明朗，请求人可能是正确、有理的，也可能被请求人是无辜的，在双方都有可能最终胜诉的前提下，请求人依靠海事请求保全对被请求人财产进行限制，对被请求人是不公平的。所以规定请求人必须以提供风险责任担保换取法院对被请求人的权利限制，以此作为平衡双方利益的解决方法，即海事请求保全的合理性孕育于海事反担保机理中。

第二节 海事请求保全反担保必要性的审查标准

一、两大法系财产保全反担保必要性的不同标准

关于请求人是否应提供反担保，两大法系态度差别较大。在英美法系，财产保全属于禁令、中间禁令范畴。其秉持正当程序原则，对禁令的作出设置了较为严格的程序保障标准。在英国，需证明双方存在“严肃的争端”或者比此高一层次的“良好论据案情”；在美国，强调申请人对本案诉讼的胜诉可能，同时对保全实行听审，即法官听取双方当事人陈述、言词辩论的基础上作出是否准许保全的裁判。通过这些程序保障，过滤滥用保全权利的情况。因此，英美法系保全反担保的作用小、必要性低，一般以不提供反担保为原则，以提供反担保为例外。如在英国，一般规定除司法费用外不需要提供反担保，只有出现多次扣船的情况下，英国法院才会下令让申请人提供反担保。^②

在大陆法系国家和地区，与财产保全相当的概念是假扣押。其对假扣押实行一面审理结构，即法院在听取保全申请人一方的陈述的基础上或只是根据申请人的书面申请以及所提供的初步证据，当事人或进行释明或以提供担保代替释明，法院只进行形式审理而没有进行实体审理，并以裁定形式作出是否准许保全申请的裁判。如《澳门民事诉讼法典》第 335 条第 1 款规定：“只要基于具体情况认为属适宜者，即使未听取申请所针对之人陈述，法官亦得要求申请人提供适当担保，作为准予采取保全措施之先决条件。”台湾地区“民事诉讼法”第 526 条规定，请求及假扣押之原因，应释明之。前项

^① 范毅强. 民事保全程序要论. (博士学位论文) [D]. 重庆: 西南政法大学, 2008. 133.

^② 杨良宜. 海事法[M]. 大连: 大连海事大学出版社, 1999. 70.

释明如有不足，而债权人陈明愿供担保或法院认为适当者，法院得定相当之担保，命供担保后为假扣押。综上，由于大陆法系国家作出民事保全裁定可不经言词辩论，请求人通常只要履行表面的、初步的释明义务，甚至紧急情况下可以不经释明。因此，反担保在民事保全中的作用、必要性要远大于英美法系国家：一方面，在请求人来不及或暂时无法提供证据的情况下，反担保可以起到代替请求人释明欠缺的作用，以过滤明知没有实体权利而滥用保全请求权的情况；另一方面，反担保可以弥补被请求人因保全不当所遭受的损失。因此，大陆法系国家和地区多以提供反担保为原则，以不提供反担保为例外。

二、我国海事请求反担保必要性的审查标准

通过两大法系对财产保全反担保必要性的态度比较，可以得出如下结论：提供反担保的必要性与程序保障标准的严格程度成反比，与保全错误并造成损失的可能性成正比。当程序保障标准等于或接近于 100% 时，保全存在错误并造成损失的可能性为 0 或接近于 0，如案件经终审裁决或无限接近于终审裁决，债权人请求采取保全措施，就没有必要提供任何反担保或提供反担保的必要性极低，即反担保的必要性为 0 或接近于 0。当程序保障的标准相应降低时，保全错误并造成损失的可能性增加，反担保的必要性随之增加。当程序保障标准接近于 0 时，保全错误并造成损失的可能性接近于 100%，反担保的必要性接近于 100%。《民事诉讼法》第 101 条第 1 款规定诉前保全必须提供反担保，其原因正是考虑在诉前财产保全程序中，被申请人尚未进行陈述，法院所获得的仅仅是申请人单方的主张和证据，因此保全裁定所基于的事实不确定性高，采取保全措施错在错误的风险极大。

根据《海事诉讼特别程序法》第 15 条的规定，海事请求人申请海事请求保全时应附关于海事请求事项、要求提供担保数额等的相关证据。实践中，海事法院只进行表面的、形式的审查，甚至紧急情况下请求人可以不用提供证据，故海事请求保全对证据要求远低于诉讼中的证据标准，相当于大陆法系国家所称的释明责任，因此，保全错误并造成损失的可能性很高，应以提供海事反担保为原则。《海事诉讼特别程序法》第 76 条第 2 款规定，海事请求人提供担保的数额，应当相当于因其申请可能给被请求人造成

的损失。据此，应理解为只要有保全错误并造成损失的可能性，就应责令请求人提供反担保。可见，我国海事反担保必要性审查的标准较大陆法系其他国家、地区更加严格。

第三节 海事请求保全反担保的例外

因我国反担保必要性审查的标准是只要有保全错误并造成损失的可能性，就应责令请求人提供反担保，故如保全不存在错误及造成损失的可能性，就无提供海事反担保之必要。依此标准，海事请求人无需提供反担保的例外情形可以归纳为 4 种情况：一是海事请求依法确定能被支持，保全措施不存在错误的可能性；二是海事请求虽存在依法被驳回的可能性，但保全措施不会造成被请求人财产损失；三是海事请求虽存在得不到终审裁决支持的可能性，且可能造成损失，但请求人明显有相应的责任能力，不存在今后保全错误损害赔偿执行不能的现实可能；四是请求人为无力提供反担保的弱势群体，如海事请求因船员劳务合同、海上人身损害责任纠纷而提起等。

一、保全不存在错误可能性的情形

（一）实体审理中被请求人认可海事请求

如前所述，海事请求为民事索赔请求权，属当事人自由处分范围，如被请求人认可请求人海事请求，可相应排除保全错误并造成损失的可能性。《海事诉讼特别程序法》第 78 条规定，海事请求人请求担保的数额过高，造成被请求人损失的，应当承担赔偿责任。因此，扣押船舶错误包括被请求人对海事请求没有责任和要求被请求人提供的担保数额过高两种情况。据此，实体审理中被请求人认可的情形可进一步分为两种：

1、对海事请求责任及大致数额均予认可

按照实务中的通常理解，请求人要求责令被请求人提供的担保额（即海事请求保全额）超过终审裁决支持额的 50% 时，应认定为要求提供的担保额过高。^①换言之，如果终审裁决支持的数额是海事请求保全额的 2/3 以下时，保全可认定为无误。因此，实体

^① 沈满堂. 海事担保的理论与实践（2）[J]. 中国对外贸易, 2001, (8): 27.

审理中被请求人认可请求人主张的海事请求责任及 2/3 以上请求额的,请求人申请海事保全,无需提供担保。

2、对海事请求责任及部分数额予以认可

这表明请求人最终至少部分胜诉,被请求人有义务支付请求人部分款项,保全错误的可能只可能发生在要求被请求人提供担保额过高的情形。在此情况下,对认可部分的数额可视为请求人提交的反担保,对保全措施可能造成损失没有超过认可部分金额的,可不要求提供反担保。但应事前向请求人释明,告知如海事请求额低于将来终审裁决支持额的 2/3,海事法院在强制执行后,可暂不发还执行款,待保全错误损害赔偿案件审理终结或被请求人法定期间没有主张保全错误损害赔偿时再予发还。这样的制度设计,对请求人而言,既可依法实现保全的目的,又可以在终审裁决前充分盘活资金,同时对被请求人利益没有任何损害,因此是经济高效的。

此外,对于被请求人不认可对海事请求负有责任,但对请求人所主张海事请求数额的计算没有异议的情形,由于被请求人是否需要对海事请求承担责任尚无法确定,存在保全错误并造成损失的可能性,因此,应该责令请求人提供反担保。

(二) 终审调查结束法院认为无需提供反担保

按我国目前法律规定,普通海事案件实行两审终审制,海事法院为一审法院,海事法院所在地的高级法院为二审上诉法院。在海事法院一审判决生效前的任何阶段,海事请求能否依法获得支持尚不能确定,海事请求保全存在错误并造成被请求人损失的可能性。因此,海事法院作为一审法院,无权基于对案件实体的判断,免除请求人的海事反担保义务。在二审裁决生效前,如庭审调查全部结束,当事人已经充分举证、质证、发表意见,高级法院有可能对海事请求的支持与否作出判断,此时如认为海事请求人的海事请求能够成立,可不要求请求人提供反担保,以尽可能减轻请求人的负担,发挥海事请求保全制度的功能。

根据《最高人民法院关于海事法院可否适用小额诉讼程序问题的批复》,海事法院可以适用小额诉讼程序对简单的海事海商案件实行一审终审。在此情况下,如一审庭审

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库